

CIÊNCIA JURÍDICA E POLÍTICA DO DIREITO DA CONDIÇÃO BIOGRÁFICA DO CONHECIMENTO POLÍTICO-JURÍDICO

LEGAL SCIENCE AND POLITICS OF LAW: THE BIOGRAPHICAL CONDITION OF POLITICAL-LEGAL KNOWLEDGE

CIENCIA JURÍDICA Y POLÍTICA DEL DERECHO: DE LA CONDICIÓN BIOGRÁFICA DEL CONOCIMIENTO POLÍTICO JURÍDICO

... Assim como a figura do poder em sua materialidade, em sua substancialidade se apaga, assim como seu exercício revela-se preso na temporalidade de sua reprodução e subordinado ao conflito das vontades coletivas, assim como a autonomia do direito está ligada à impossibilidade de fixar sua essência, vê-se abrir plenamente a dimensão um dever do direito, sempre na dependência de um debate sobre seu fundamento e sobre a legitimidade do que está estabelecido e do que deve ser...

Claude Lefort

José Alcebiades de Oliveira Junior¹

1 APORTES METODOLÓGICOS

Todo o analista do conhecimento ocupa uma posição em tudo distinta do simples consumidor, posto que ele deva pretender, no mínimo, tecer algum juízo sobre o que analisa, seja na forma de reconhecimento de que tal saber detém bases válidas ou não para a discussão de um tema. É o caso da leitura que pretendemos fazer de vários juristas a respeito da política jurídica, procurando relacioná-la com a ciência jurídica.

De imediato, as leituras ou as releituras são importantes porque um texto científico se constrói a partir de estudos comparativos e de análises acerca de determinados autores e suas bases, que poderíamos chamar do seu Outro. Por isso, um texto de determinado autor, Durkheim, por exemplo, só pode ser devidamente compreendido se nos remetermos a certos postulados do positivismo comteano. Por essas razões, também, que um texto kelseniano pode produzir uma série de efeitos diferenciados dos seus propósitos de base, mormente se considerarmos a série muito grande de monografias produzidas academicamente a seu respeito, o que sem dúvida alterna com bastante intensidade a ideia sobre o pensamento original, se é que seria possível circunscrevê-lo.

Assim, o entendimento de um texto muitas vezes não se encontra no texto mesmo, é extratextual, decorrente da leitura de outros textos. É intertextual, como diz Warat². Mas a discordância do sentido original de um texto, além de possível, é, sobretudo, topicamente interessante ao progresso das ideias e da ciência.

Aprofundando um pouco, inscrevendo-se a partir de diferenças, a epistemologia cartesiana positivista alude a um princípio continuísta na produção do conhecimento científico que, invocando um eterno recomeçar para as disciplinas, "transforma-se numa espécie de caçada aos 'antecedentes' e aos 'precursores'"³ na busca de um conhecimento novo, isto é, na tentativa de reconstrução de uma novidade, mais verdadeira do que a anterior para o conhecimento. Decorrente dessa mesma ideia surgiram as teorias epistemológicas da *descontinuidade*, da ruptura, que, inversamente, relegando a produção já executada sobre algum texto, optaram por uma releitura dos originais biográficos, como diz Verón⁴, procurando demonstrar que no próprio seio do pensamento do autor pode haver rupturas, determinadas pela variação do modo de pensar do próprio autor ao longo de sua existência.

Destarte, é o que tem sido feito em relação ao pensamento de Marx, buscando-se as diferenças entre o jovem e o adulto; e é o que tem sido feito com relação à teoria de Durkheim, pois não se consegue compreender de todo que aquele que abriu o campo da sociologia (e cuja influência

marcou de tal modo o campo da linguística), seja o mesmo Durkheim funcionalista e reacionário que propôs este conceito híbrido: “consciência coletiva”⁵.

Portanto é preciso ver com clareza, como diz Verón⁶, que todas essas discussões alimentam-se, na maioria das vezes, daquilo que se pode chamar de “mito das origens”, o mito do “retorno ao fundador”.

De nossa parte não pretendemos privilegiar nem uma nem outra forma positivista de abordagem do conhecimento político jurídico (visto este como um conhecimento sobre a sociedade), mesmo porque não é essa a razão de ser deste trabalho. Não estamos, de modo algum, em busca de origens ou fundadores. Pretendemos, isto sim, com “base nas ideias” de Osvaldo Ferreira de Melo (mostraremos melhor esta questão adiante), desenvolver um estudo que demonstre a insuficiência do enfoque tradicionalmente ofertado ao conhecimento político jurídico. Muito embora sendo uma estratégia para melhorias na integração e convivência social, tal conhecimento não pode ser jogado ao campo do impossível ou reduzido às confusões entre o direito e a moral, ou taxado de pretensão ideológica.

Sem negar a dimensão ideológica de dita prática político-jurídica, pretendemos estabelecer um novo contato com autores clássicos e contemporâneos que, mesmo que de formas diversas, abordaram o tema da política jurídica para, numa atitude relacional, esclarecer um pouco mais sobre o objeto, o método e a função de uma proposta disciplinar com esse perfil.

E dentre os autores escolhidos estão Pontes de Miranda, Gustav Radbruch, Alf Ross e Miguel Reale, que entre silhuetas e dissimulações, trataram dos efeitos políticos das significações jurídicas e deixaram marcas na ciência jurídica em seu conjunto⁷.

2 DESENVOLVIMENTO DO ASSUNTO

2.1 Pontes de Miranda

No “Sistema de Ciência Positiva do Direito”, originalmente vindo a lume em 1922, Pontes de Miranda assinalava a importância da Política Jurídica:

... a adoção de segura política jurídica é um dos maiores fatores de felicidade dos povos. O direito é suscetível de aperfeiçoar-se e, cada vez mais, servir a ordem social.. Mas tal evolução não se opera necessariamente; não é fatal, e sim apenas possível: há povos que em vez de subir ano por ano, os degraus da escala, descem de quando em quando; e outros, que de momento interrompem a continuidade e a crescente exatidão, para tomar outra estrada, que é a da novidade, a de demasiado apego ao passado, ou a simples dilatação de princípio relativo que o intelectualismo entende elevar à categoria de absoluto⁸.

Textualmente Pontes de Miranda remete, com suas colocações, para alguns postulados básicos do Positivismo, tais como a fé na ciência e o crédito exacerbado na objetividade do cientista, traços marcantes do início deste século, marco divisor entre a “Teoria do Conhecimento” e os procedimentos científicos. Como bom positivista, segue Pontes o influxo do naturalismo (vimos este aspecto no Capítulo I), aceitando em grande medida as ideias biologistas contidas tanto num processo de adaptação do “animal” ao meio ambiente ou (do homem ao processo jurídico) do ser ao poder que lhe sobrepõe. Por isso diz ele sempre voraz em suas críticas ao empirismo e ao racionalismo:

O homem como o animal, erra. O simples fato de existir o uso, o costume, a disposição legal, não prova que seja útil: encontramos répteis dotados de patas e insetos ápteros, pássaros sem asas e animais aquáticos sem nadadeiras. Demais, não há sempre, nos fenômenos de leis, processos para adaptação⁹.

Em outras palavras, Pontes de Miranda não está preocupado com as particularidades do conhecimento e muito menos com a tradição histórica que se traduz no direito como racionalismo. Outrossim, há nas investigações desse jurista um cunho fortemente antropológico. De uma suposição do direito a partir de “casos” coletivos, quando discorre sobre “seleção natural e política jurídica”, salienta certos aspectos disfuncionais, tais como o canibalismo, a poliandria, o aborto, o assassinio dos velhos e inválidos, como funções de circunstâncias sociais, tal como sucedeu no Japão feudal e se observa nas ilhas polinésias, na China, na Índia, na França. Como adversário do determinismo, diz:

... o único meio de evitar o determinismo de tais apagamentos, viciosos ou violentos, desde o maltusianismo até as guerras, é a boa política da melhor distribuição de riqueza e da maior produção¹⁰.

Note-se que, para Pontes, o social determina o individual, mas essa sociabilidade é dada com a natureza, e o indivíduo como sujeito integrante dela tem (deve ter) todas as condições para adaptar-se. A socialização que tem em mente é ineludível em uma sociedade capitalista, aliada ao papel que cumpre o direito. Assim:

O direito não pode deixar permanecer qualquer defeito de adaptação e não deve ter outro fito que o de provar eficazmente o equilíbrio social¹¹.

Parece textualmente claro que a política jurídica em Pontes, como não poderia deixar de ser, tem uma estreita vinculação com os valores, incluindo os religiosos, tomando aqui o sentido intertextual que Comte deu à acepção da ordem social.

... é interessante notar a exatidão com que parece realizar-se na jurídica a “Lei dos Três Estados” e ao mesmo tempo o valor moral do método científico indutivo, que representa a fase positiva do ciclo da criação jurídica¹².

Por linhas tortas, essa crença radical no positivismo acaba por conduzi-lo pelos caminhos tantas vezes condenado em sua obra: o idealismo kantiano. Mesmo assim, e por isso mesmo, sua aversão à tradição e ao historicismo conservador não é menos intensa:

A escola histórica, que procurou descobrir na vida social a fonte do direito, colocou-se no extremo oposto ao direito natural, isto é, a idéia do Direito fundado na razão; mas havia erro, não só em crer racionalistas todas as concepções de direito natural, como também em julgá-las inconciliáveis com a concepção histórica do direito positivo¹³.

O entendimento de Pontes de Miranda, assim, traduz-se numa demonstração de que o que há de real e verdadeiro em questão é a disputa pela hegemonia do poder, pois:

... os principais preceitos do direito natural tidos por universais e perpétuos, são aquisições históricas, como o da igualdade abstrata entre os homens, o da obrigação de reparar o dano oriundo de culpa, o da obrigatoriedade das promessas aceitas¹⁴.

Mas o desenvolvimento do sistema jurídico não pode prescindir de valores religiosos efetivos, que o condicionam, além de corroborarem no processo de adaptação e harmonia social, e estes estão vinculados a uma concepção mais geral de política jurídica. Agora, Pontes salienta que os universos são distintos e que diretamente não se inter cruzam. O imaginário social religioso tem sido, ao longo dos tempos, um polo privilegiado de informação do sistema jurídico, este sendo um artifício maior da organização e vinculação da vida em comunidade.

Por outro lado, é conhecida a veia sociológica de Pontes de Miranda, e como tradicionalmente ocorria à sua época, os saberes científicos, especialmente os referentes ao direito, tinham de manter certa equidistância. A própria empiria tinha de ser distanciada da sociologia autêntica do direito. O espaço propriamente religioso não poderia ser invadido pelo sociólogo do direito e assim por diante. Hoje, sabemos que esse radicalismo não apresenta nenhum efeito prático, pois o caminho mais adequado será o que nos conduzir a um processo de síntese. Mesmo negando teoricamente a vinculação do conhecimento, na prática, na pesquisa, ele próprio (Pontes) não conseguia eximir-se do que acabamos de afirmar:

...o mais que pode fazer o sociólogo é verificar qual o sentimento ou o princípio religioso que precisa ser exaltado ou reduzido a menor atuação, a fim de não perturbar a harmonia social; mas tal intervenção é delicadíssima e pressupõe no agente o conhecimento indutivo e seguro do conjunto de circunstâncias sociais¹⁵.

Fica bem claro o paradoxo entre a tomada inicial do conhecimento como sendo sociológico ou não, psicológico, etc., mas, no entanto, a inteligibilidade só é dada por alguma concepção híbrida que determinará o conjunto de circunstâncias sociais. Mesmo sendo um crítico de Durkheim, poderíamos dizer que Ponte de Miranda, dado o método que utiliza para o desenvolvimento de seu saber, busca fundamentação teórica numa consciência coletiva.

A relação da sociologia com os demais saberes se dá então da seguinte forma:

... na sociologia, o método indutivo, que há de ser empregado, trabalhará com toda a matéria social, quer dizer, com todas as relações sociais (religiosas, éticas, estéticas, econômicas, jurídicas), são cientistas de cada uma dessas disciplinas que lhe podem ministrar as necessárias matérias para a indução sociológica. E, como é natural e inevitável a interdependência dos fenômenos sociais, o jurista pressupõe o sociólogo e não pode ser senão o sociólogo que se especializa¹⁶.

Note-se que Pontes procura fugir da independência restrita entre os fenômenos estabelecendo, porém, a ponte que os liga nos limites que lhe interessa, isto é, no exato campo delimitado pela sociologia, quando, no fundo, sua preocupação é a de ressaltar os efeitos de "ordem" social que cumpre o direito, principalmente a partir do Estado. Isto é uma forma de deslocar, aparentemente, o centro de gravitação teórica de sua teoria, calcada fundamentalmente na condição coatora e coercitiva do direito Estatal, mas que aparece como dando importância real aos fatos sociológicos. Nossa conclusão se deve a uma leitura intertextual que procura não só colocar na pauta discutida os textos que fundamentaram o texto do autor Pontes de Miranda, como também projetar os efeitos de uma teoria sociodogmática. E isto só é possível ao tomarmos o imaginário jurídico atual do Brasil e verificarmos que o modo de pensar e proceder cientificamente de Pontes determinou certo rumo para o saber acadêmico do direito no Brasil, assim como representou, em grande medida, as possibilidades de reprodução desse saber.

3 DIÁLOGO BIOGRÁFICO

Tendo visto em linhas gerais o pensamento de Pontes de Miranda sobre aqueles pontos em que o autor salientou o conhecimento político-jurídico, gostaríamos, agora, conservando a postura teórica adotada, de compará-lo com outros autores. Não há, por outro lado, nem um princípio rígido que tenha determinado a escolha dos autores que entrarão neste diálogo, a não ser o fato de que tratam explicitamente do conhecimento político-jurídico e neste sentido marcam ideologicamente tal discurso. As diferenças entre eles existentes dão a mais cabal demonstração da intertextualidade dos textos jurídicos.

3.1 Gustav Radbruch

Numa obra muito importante, "Filosofia do Direito", Gustav Radbruch expõe sua teoria acerca do fenômeno jurídico: a "filosofia dos valores", de origem neokantiana, com a qual pretendeu chegar ao "relativismo" no direito. Esse relativismo nada mais foi do que uma tentativa de procurar uma resposta para as insuficiências do positivismo, uma solução filosófica para o problema do direito, uma vez que a ciência (do direito) estava carregada de traços utilitaristas.

Em traços gerais, três elementos distintos e heterogêneos compõem a ideia de direito para Radbruch:

- a ideia de justiça;
- a do fim último para que ele é meio;
- a segurança ou a paz social de que ele é instrumento.

A primeira corresponde ao momento mais formal e, portanto, mais universal do direito; a segunda, ao seu momento material ou de conteúdo ético e político; a terceira, enfim, ao seu momento positivo, como direito estável e certo. Note-se que o texto básico de Radbruch não pode ser o do positivismo comteano, uma vez que ele recoloca os problemas de valor como questões ainda vinculadas aos princípios de todo o pensamento do direito. A fase positiva da sociedade que aparece como a mais importante em Comte e ressurgiu com Pontes de Miranda aparece como um terceiro e último estágio em Radbruch. E esta retomada dos valores, como condição aporética para o desenvolvimento do direito, foi recolocada por toda a escola neokantiana de Baden, cujo principal jurista foi Emil Lask¹⁷ e trata-se, antes de tudo, de um repúdio ao positivismo puro.

Essas colocações chamam a atenção para o lado sempre conflituoso entre a positividade do direito e os valores socialmente justos. "Entre o domínio objetivo das instituições e o subjetivo da

própria consciência jurídica”¹⁸. É impossível para Radbruch solucionar essas antinomias ou fazê-las desaparecer dentro de uma unidade superior. Mesmo assim, e talvez por isso mesmo, Radbruch recorra à ideia de política do direito para a sustentação de seu “relativismo” do direito, fraturado metodologicamente devido à dicotomia Kantiana entre “sein e sollen”.

Procedendo, basicamente, da “Teoria do Direito Justo” de Stammler (Direito Natural de Conteúdo Variável), Radbruch caminha seguindo os passos de Kant:

A filosofia de Kant já nos ensinou que era impossível extrair daquilo que é aquilo que deve ser, o valor, a legitimidade. Jamais alguma coisa será justa só porque é ou foi, ou mesmo só porque será. Daqui se conclui que são de rejeitar o positivismo, o historicismo e o evolucionismo; o primeiro, porque interfere o dever-ser do ser; o segundo, porque interfere o dever-ser daquilo que já foi; e, finalmente, o terceiro, porque infere o dever-ser daquilo que será ou tende a ser¹⁹.

Com efeito, a produção teórica de Gustav Radbruch parte de princípios inversos aos de Pontes de Miranda, e um ponto importante é o de que:

...os preceitos do dever-ser, os juízos de valor, não podem fundar-se indutivamente sobre verificações do existente, mas só dedutivamente sobre outros preceitos, outros juízos de valor²⁰

Assim, devemos considerar que a dimensão “gnoseológica” (do conhecimento) do direito é trabalhada por Radbruch num campo próprio, específico, o da cultura; em Pontes de Miranda, entretanto, essa dimensão (gnoseológica) liga-se diretamente à natureza das coisas. Resulta com o autor neokantiano que os valores nos darão aquilo que podemos e queremos, embora não o que devemos.

Em acordo com os elementos que compõem a ideia de direito para Radbruch, e que colocamos em relevo momentos antes, o ideal de ciência é perseguido dentro dos limites da noção de “dever ser”, e suas máximas são as seguintes:

1) a ciência pode ensinar-nos os meios indispensáveis para a consecução dos fins que devemos procurar;

2) os motivos que podem conduzir-nos à escolha dos meios para alcançarmos um determinado fim jurídico²¹.

A isto Radbruch denomina política do direito. Não obstante o colocado, os meios envolvem outra subdivisão com determinante vinculação à política do direito. Isto é, ou:

...olhamos o meio só em vista do fim, fitando aquele do alto deste último; ou, inversamente: contemplamos o fim através do meio, fitando o primeiro do alto deste segundo, de modo que só chegamos a tomar verdadeira consciência do fim, em toda a sua extensão, mediante a contemplação dos meios para ele indispensáveis, etc.²²

Mas a ideia de direito, bem como a concepção de justiça de Radbruch, reaviva aquilo que afirmamos muito cedo neste trabalho, de que o fantasma de Aristóteles continua rondando os procedimentos científicos. Por esta razão, é que os autores e os atores do discurso da ciência não conseguem superar suas próprias antinomias. Nem por isso, todavia, o labor de Radbruch é simples revolver de escombros; antes, é o trabalho da obra (de Aristóteles) que se efetiva instituindo simbolicamente um novo, porém velho conceito de justiça, pois que cumpre no texto de Radbruch outro e significativo papel acadêmico, servindo como “topos” legitimador de verdades sociais²³. Esta questão é muito ampla e não precisaríamos dizer que essas verdades, em muitos casos, ocultam os fundamentos do poder por meio da supervalorização de metodologias.

Porém essa intertextualidade, isto é, certas condições que se encontram fora do discurso jurídico tradicional, mas que na verdade compõem as determinações sociais, ou seja, o “real” histórico, não é fácil de ser apreendida, dado, por exemplo, que o poder modernamente é i-localizável. Em outras palavras, a dogmática jurídica cumpre, como uma técnica de realização, a decibilidade que está em jogo na instância do direito²⁴. Ora, está em jogo tanto em Pontes de Miranda quanto em Gustav Radbruch, quando falam dos fins de segurança/insegurança no direito, que existe uma dimensão política no jurídico, mas que esta será pacificamente absorvida pela dogmática, haja vista que a metodologia identificada à dogmática é neutra e está em condições de resolver os conflitos sociais. Com efeito, o método identificado à dogmática jurídica e a ciência reduzida à dogmática, como diria Tércio²⁵, sublimam a dimensão material do poder. Segundo cremos, existe uma necessária

implicação, co-constitutiva e genética, entre direito e poder, que embora não se confundam de todo, pois existem os campos próprios de investigação de cada um (Ciência do Direito e Teoria Política), ambos aparecem, ou melhor, compõem o lugar da fala do discurso jurídico, o social.

Por fim, talvez devêssemos ressaltar que estão na base do texto de Radbruch as ideias de Immanuel Kant. Os valores subjetivos de seu sistema de direito nem por isso deixam de remeter ao absoluto, pois o criticismo Kantiano, base do positivismo comteano, coloca intersubjetivamente as bases de um agir racional de acordo com as máximas do sujeito, tomadas em ideia como máximas universais. E o princípio de justiça é decorrente desse raciocínio. Assim, o relativismo de Radbruch, com base numa teoria estritamente jurídica, pois que, desvinculada de todo o psicologismo e sociologismo, não se trata de um conhecimento que é sempre uma relação entre coisas, mas sim entre ideias, crenças, o "a priori" da razão, o que o leva também, invariavelmente, à ideia de direito natural.

3.2 Alf Ross

Neste diálogo biográfico, gostaríamos de trazer à cena a corrente realista no direito, tendo por base num texto de Alf Ross, "Sobre o Direito e a Justiça"²⁶. Este autor é exemplo típico de teoria realista, o que não significa que não existam outros.

Hans Kelsen²⁷ nos traz uma colocação do próprio Alf Ross sobre sua teoria e que reproduzimos: "parto da suposição de que a ciência do Direito é um ramo da doutrina da conduta humana, e de que, portanto, o fenômeno jurídico deve ser descoberto dentro do campo da psicologia e da sociologia". Basicamente, o que representa esta colocação? Segundo nosso modo de pensar, embora seu faticismo seja diferente em alguns pontos de outros realismos jurídicos, notadamente o norte-americano, esse retorno ao fato social denota significativamente um passo negativo no desenvolvimento dos estudos do direito. Por um lado, representa a confusão da qual já Durkheim tratara de escapar, entre direito, psicologia, sociologia, etc. Por outro, significa determinar um ponto de partida para a ciência jurídica, que não está no direito propriamente dito, mas na conduta humana, como relação apenas social, o que faz pressupor o dualismo kantiano que pretende superar, entre ser e dever ser. Estas últimas diferenças são notadas quando colocamos em comparação suas pesquisas com as agudas teorias kelsenianas no campo da ciência.

É bem verdade que muitas das críticas de Ross ao direito natural e ao formalismo jurídico têm procedência, assim como aquelas que desferiu contra o "utilitarismo" e o "kantismo".

Demonstrando toda sua aversão ao utilitarismo puro do século XVIII, Ross diz que esse procedimento tido como científico não é mais do que uma quimera do bem-estar social. E, na verdade, a oposição entre "dor" e "prazer" que abre a obra "Na Introduction to the principles of Moral and Legislation", de Jeremy Bentham, assinala um deslocamento da problemática da justiça tal como foi assinalada pelo teologismo de São Tomás de Aquino, apenas aparentemente, pois que este fundamento permanece como suporte teórico do dogmatismo abstracionista e figurado como "realista" de Bentham. A crítica se dirige às colocações, tais como a de que a felicidade é uma coisa boa em si mesma e, portanto, ela pode ser o princípio orientador dos fins do direito. Assim, cabe perguntar com Alf Ross de que modo a invocação do bem-estar social nos ajuda a superar a incomensurabilidade qualitativa das necessidades? Como eleger entre estimular as artes e as ciências, ou a construção de casas? Como somar entre liberdade, alimentação e boa música?

Parece-nos que a questão posta dessa maneira retorna às antinomias que alimentaram, também, as teses de Radbruch, entre a ideia de comunidade e a "desarmonia de interesses". Segundo o autor em estudo, "El interes de la comunidad (el bin-estar social) es la falácia que pasa por encima de esta desarmonia e elabora um interés único armónico y um correspondiente beneficio único"²⁸. Entretanto estas questões, vinculadas às relações Estado/indivíduo, procuraremos desenvolver no Capítulo III.

Pode ser percebido, então, que o problema da justiça implica, para Ross, uma tentativa de síntese entre as condições absolutas do conhecimento valorativo e as condições materiais existentes nas sociedades. Como entra sua articulação político-jurídica?

Ao mesmo tempo em que distingue entre direito natural escolástico e racionalista, afirma Alf Ross ser a primeira hipótese útil ao tratamento realista dos problemas de política jurídica, isto porque ele

pode ser tomado num sentido crítico, diferenciado do que foi historicamente, apenas uma filosofia moral para justificar o direito positivo e para guiar o legislador. Assim, afirma:

Sin embargo, el derecho natural que hoy predomina em la mayor parte de la filosofia jurídica no es una resurrección de los sistemas racionalistas del siglo XVIII, sino una línea de escolasticismo que ha sido nuevamente tomada²⁹.

Em outras palavras, Ross está a criticar o iluminismo e suas concepções de base: o individualismo e o liberalismo. Outrossim, salienta que o direito natural moderno tem de considerar seu conteúdo como variável, isto é, conteúdos econômicos, históricos, necessidade práticas, etc., reafirmando a prevalência de certos princípios superiores ou critérios formais que são considerados eternos e invariáveis. Apenas para exemplificar, a discussão sobre o direito justo ou injusto que aparece em Stammler como também de conteúdo variável, é para Alf Ross tautológica, pois é uma discussão a priori com base no kantismo que pretende criticar.

A partir da noção “aporética” de justiça, então, o autor escandinavo parte para uma discussão mais ampla do que entende por política jurídica. Sua teoria não deixa de cumprir o desiderato dialético de que nos fala Theodor Viehweg³⁰.

Dentro da série de propostas sugeridas, destaca-se a preocupação da política do direito como censor legislativo; mas, todavia, avança em direção a situações mais complexas como a “mecânica geral”, por cujo meio o direito influi sobre a conduta humana e vice-versa. Bem ao modo do procedimento tópico, Ross está preocupado com o momento situacional do direito, ou seja, com a conexão entre a função normativa do direito e a conduta humana.

Essa dialeticidade do pensamento de Ross, em que o direito amparado pela sanção influi no comportamento humano, precisa considerar os componentes psicológicos, interesses, necessidades, preconceitos morais, etc., deste comportamento - consciência jurídica -, que, por sua vez, influencia diretamente a produção normativa. Neste sentido, o realismo proposto reduz a política jurídica a uma “sociologia aplicada ou técnica jurídica”.

Pois bem. A interpretação e a administração da justiça para o realismo é ponto de relevo na política do direito. Assim, o “labor” político jurídico deve conduzir-se em duas direções: 1) as decisões judiciais, “em la medida em que están fundadas en consideraciones prácticas de ventajas y desventajas sociales apreciadas em relación com ciertos valores presupuestos equivalen a sugeriones de política jurídica dirigidas AL juez”; 2) com respeito ao método afirma que “una teoria general del método solo puede mostrar los factores generales que operan em toda administración de justicia y bosquejar una tipología general a fin de caracterizar las variedades de interpretación existentes. Además, tal descripción y tipología son requisitos previos esenciales de um examen político-jurídico racional del método”³¹.

Assim, um dos pontos que Ross deixa explícito em sua teoria é o de que ele não nega a dimensão ideológica do direito, isto é, reconhece que o processo decisório judicial é, sem nenhuma dúvida, um ato de vontade para o qual os *experts* não podem prescindir de certos pressupostos cognoscíveis. As decisões, como substratos da consciência, para o autor escandinavo, compõem-se de 2 (dois) pontos básicos:

- 1) un motivo que da a la actividad su dirección em procura de una meta;
- 2) ciertas concepciones operativas, esto es, elementos cognoscitivos que dirigen la actividad hacia dicho fin³².

Gostaríamos de estabelecer, ainda, a partir da teoria de Ross, uma distinção entre os fenômenos normativos, moral e direito³³. Isto porque, tal como ocorre em Kelsen, este aspecto é importante na caracterização do objeto da ciência jurídica. Nesses autores, apresenta-se uma variação no entendimento do que seja validade e “eficácia” no direito, o que em última análise direciona os objetivos de suas pesquisas quanto ao objeto, o que implicaria outras reflexões. Não obstante, por ora o interesse na diferença entre moral e direito se deve à possibilidade de circunscrever o que é consciência jurídica e consciência jurídica material para Ross.

A primeira colocação que cabe fazer é a de que o direito consiste num conjunto de regras que estabelecem o exercício da força. O exercício do direito, por conseguinte o exercício de dita força física,

detém uma característica fundamental: é institucionalizado, isto é, possui autoridade e, portanto, competência. A partir dessa ótica, o direito é algo exterior ao sujeito, é objetivo e determina as regras jurídicas que se impõem à conduta humana de forma impositiva, quer no nível de legislação, jurisdição ou execução. Ocorre, inegavelmente, que existe uma prontidão generalizada para aceitação da presença desse maquinário Estatal, o que coloca o direito como algo supra-individual e que Ross denominará de “consciência jurídica formal”.

A segunda colocação que cabe fazer é a de que a moral está também diretamente ligada à conduta humana, mas não detém nenhum caráter institucional, sua força não advém da competência Estatal e não passa pelo exercício da força física, sendo que o sentido de validade que ela possui é o de uma orientação interior da conduta individual. Esta é a diferença básica para Alf Ross.

Agora, para Ross, tanto a moral como o direito se intercambiam. O próprio direito influi na formação de uma “consciência jurídica moral”, assim como formação da consciência moral interage como o direito e formará aquilo que o autor estudado determina como “consciência jurídica material”. Sendo a consciência jurídica o suporte fático-social para a consecução e a evolução do direito, ela tem de considerar as crenças e as relações míticas, na medida em que as máximas morais têm de estar adaptadas e circunscritas às questões de fato, o que por si só demonstra o porquê do conflito entre direito e moral para as teses realistas.

3.3 Miguel Reale

O tridimensionalismo se apresenta hoje como o aparato conceitual mais desenvolvido dentro da dogmática jurídica, pois que todas as dimensões fundamentais do direito (fato, valor, norma) possuem seu lugar próprio, bem como a exata medida do procedimento epistemológico correspondente. Miguel Reale pensou assim o direito e desenvolveu suas ideias a partir do formalismo do neokantismo de Emil Lask, acoplado às modernas vertentes do fenomenologismo, como é exemplo o praticado por Nicolai Hartmann.

Assim, a origem do modo de pensar de Reale remete aos textos de Husserl³⁴. Os problemas que daí advêm, por conseguinte, só podem ter a ver com aqueles que enfrentou Husserl e que muito bem nos lembra Roberto Vernengo³⁵:

...hacia la primera guerra mundial, Husserl prescribe la norma de una ciencia ideal cuyo modelo supone que se encontraría en ciertas disciplinas matemáticas e lógicas que, a decir verdad, eran más imaginadas que realmente conocidas por ese reaccionario filósofo. Ya en la década del treinta el mismo Husserl con alguna sorpresa para sus secuaces, se digna advertir que el perfecto edificio de una ciencia racional universal con que había soñado – una mathesis universalis - , no sólo no había sido erigido, sino que era imposible...sueño arcaico y helenizante.

Assim, a obra de Reale é muito fértil, e selecionamos alguns pontos relativos apenas aos fundamentos, à eficácia e à vigência do direito, nos quais o autor coloca conexões com a política jurídica. Outrossim, o que afirmamos logo acima coloca em conexão a teoria tridimensional do direito com a famosa “Epoché” husserliana, no sentido de um cômico de inteligibilidade do direito que intenta superar as problemáticas relações entre sujeito/objeto na ciência.

Basicamente os problemas do fundamento, da vigência e da eficácia do direito estão, para Reale, no âmago de todas as formas de pesquisa da juridicidade e podem corresponder, respectivamente, às seguintes perguntas:

- a) que é que torna eticamente legítima a obrigatoriedade no Direito?
- b) que é que condiciona logicamente a validade das regras jurídicas?
- c) que é que torna uma norma jurídica socialmente existente?³⁶

Em tom de resposta, para nosso autor, essas três indagações são pertinentes à Filosofia Jurídica, mas tendo a ver impreterivelmente com aspectos técnico-jurídicos ou histórico-sociológicos. Em suma, para Reale:

A Filosofia do Direito é a ciência das condições transcendentais da validade jurídica, ou seja, das condições segundo as quais se tornam possíveis as indagações que, no plano das relações

empíricas, são realizadas, respectivamente, pela Política do Direito; pela Sociologia e a Psicologia Jurídicas, e pela Ciência do Direito ou Jurisprudência³⁷.

Em verdade, Miguel Reale separa todas as questões ao mesmo tempo em que procura um processo de síntese para elas, tal como salientamos ao início. Quer dizer, a ética da obrigatoriedade do direito é uma questão que pode ser colocada como semelhante à indagação da “validade” da validade do direito, mas ainda assim não deve estar dissociada dos problemas relativos à positividade do direito, por exemplo. Não vamos nos aprofundar na explicação da teoria de Reale por razões óbvias. Cabe observar com relação ao nosso tema, a seguinte colocação de Reale:

... se o problema filosófico do fundamento do Direito pode ser desenvolvido com abstração das cogitações sobre os fundamentos particulares e empíricos apreciados “in concreto” pela política do direito – à qual cabe resolver sobre a norma adequada ou conveniente, conforme variáveis exigências espaço-temporais -, já será mais difícil extremar uma pesquisa de Epistemologia Jurídica ou de Cultorologia Jurídica daquelas que, por serem meras generalizações conceituais no plano empírico, cabem mais à teoria Geral do Direito e à Sociologia Jurídica³⁸.

Em outras palavras, todas as três questões levantadas momentos antes, e que correspondem à ideia de fundamento, vigência e eficácia, traduzem o modelo de ciência proposto por Reale. Assim, isto é, da mesma forma, a questão do fundamento é filosófica e ao mesmo tempo político-jurídica, quando apreciada empiricamente. Em suma, Reale diz o seguinte:

Entendemos por fundamento, no plano filosófico, o valor ou o complexo de valores que legitima uma ordem jurídica, dando a razão de sua obrigatoriedade, e dizemos que uma regra tem fundamento quando visa a realizar ou tutelar um valor reconhecido necessário à coletividade. O mesmo problema é posto empiricamente pela Política do Direito, que assim se liga logicamente à especulação axiológica, por atender aos meios práticos de sua atualização, segundo a tábua dos valores dominantes³⁹.

Pois bem, cremos não restar dúvidas quanto ao posicionamento de Miguel Reale. Ratificando, podem existir pontos em que o conhecimento deva relevar os aspectos filosóficos ou, então, os técnico-jurídicos, mas um não perde o outro de vista. No caso da vigência, por exemplo, a positividade ou a positividade é mais importante que os demais; já o problema da eficácia para Reale não pode se restringir à validade (no sentido Kelseniano), pois que:

A regra de Direito é... um esboço de ação, ou melhor, a indicação de um sentido que envolve sempre problemas concretos de interpretação, de correspondência necessária entre o seu enunciado e as conjunturas histórico-axiológicas⁴⁰.

Assim, nota-se quão distantes são os pontos de vista de autores como Kelsen, Ross e Reale sobre os problemas referentes ao assunto por nós debatido com muita exiguidade⁴¹, mas que se coloca na pauta principal das confusões existentes no âmbito do direito.

Num esforço final de explicação, podemos dizer que, para Reale, lembrando aqui a diferenciação que fizemos alhures sobre os fenômenos normativos, a ciência do direito, assim como não se confunde, não pode prescindir de ser vigente e eficaz, ao passo de ter de realçar como fundamental a consideração axiológica, quer a nível filosófico, quer em nível de generalização empírica. Já em Kelsen, nota-se uma exclusão dos aspectos axiológicos e valorativos tratados separadamente para ele pela política jurídica. Para Kelsen, a vigência é apenas uma decorrência da validade do sistema normativo se este estiver perfeita e logicamente articulado, sendo que a eficácia para a determinação de ciência não detém a menor importância⁴². Alf Ross, por sua vez, trata como fundamental a eficácia, pois que as teses realistas colocam a dimensão axiológica-filosófica como intersubjetivamente condicionadas na consciência, num processo de influência dialética, no qual resultarão a validade e a justiça do direito.

Resulta, por fim, que tanto Kelsen quanto Ross recusam à natureza e aos fundamentos do direito algum “a priori” da razão, e o deslocamento que ocorre não ultrapassa as barreiras da aparência. Reale, de denunciada matriz neokantiana, não se olvida em discutir as questões de fundamento no bojo de sua teoria. Por outro lado, Reale recusaria a classificação de positivista, como salienta Roberto Lyra Filho⁴³, mas não olvidaria em afirmar que “é na ordem que se encontra a raiz de toda a elaboração jurídica”:

Em toda a comunidade é mister que uma ordem jurídica declare, em última instancia, o que é lícito ou ilícito⁴⁴.

E ainda para ilustrar o parentesco (neokantiano) de Reale com Gustav Radbruch, que estudamos parágrafos antes, o famoso pensador brasileiro utiliza, para embasar o entendimento acima transcrito, uma assertiva de Radbruch:

Como escreveu Goethe, no Fausto (P. II, ato IV), só pode ser senhor sobre nós aquele que nos assegura a paz. É esta a norma fundamental sobre que descansa a obrigatoriedade de todo o Direito Positivo. Ela resume-se nestas palavras: "Quando numa comunidade existe um poder supremo, deve respeitar-se aquilo que ele ordena"⁴⁵.

Assim, sob diferentes denominações e teorias, desde Pontes de Miranda a Miguel Reale, segundo nosso texto, ocultam-se os verdadeiros postulados positivistas do sentido da ação social, que é determinada fundamentalmente pela "ordem", isto é, pela lei positiva. Na ciência, estes textos, considerados os propósitos de "progresso" da ciência em direção à razão e à verdade, podem ser tomados como rascunhos, como protótipos da ciência "verdadeiramente boa" e, neste sentido, têm para conosco, na busca das determinações sociais e condições de produção da ciência e seus efeitos, uma posição de prototexto.

Inobstante todo o dito e mesmo considerando tudo o que se viu neste breve escrito, é no âmbito das reflexões sobre ciência jurídica que podemos encontrar os verdadeiros motivos para o desenvolvimento de um saber importante para o desenvolvimento humano tal como é a política do direito, importância à qual o prof. Osvaldo Melo se voltou durante uma vida inteira para sublinhar, deixando um legado teórico e prático bastante importante para as gerações presentes e futuras.

NOTAS

- 1 Professor Titular da Faculdade de Direito da UFRGS e da URI de Santo Ângelo, RS, em homenagem ao prof. Dr. Osvaldo Ferreira de Melo, mestre de muitos de nós, pessoa sensível e inovadora na Política do Direito. Fragmento de minha dissertação de mestrado orientada pelo prof. Osvaldo Melo no CPGD, UFSC e defendida em 1984, sob o título "Da Noção de Consciência Coletiva em questões de Política e Legitimidade no Direito".
- 2 Conforme os últimos trabalhos de Luis A. Warat, especialmente "O lugar da Fala: digna voz da majestade" (*In: Pesquisa Científica e Direito*, Recife, Massangana, 1983); "Un trilema epistemológico, Mas alia dei positivismo jurídico: Hart, Bobbio y Ross" (*In: Rev. de Ciências Sociales*, da Univ. de Valparaíso, Chile); "O Grau Zero e o Grau Histórico das Significações Jurídicas" (*In: Rev. Contradogmáticas* nº 2 e 3, ALMED, 1984). Consultar ainda "El Jardin de los Senderos que se Bifurcan: a teoria crítica e as condições de existência e possibilidade da ciência jurídica" (comunicação elaborada para "1' Association Critique du Droit", França, 1983), do mesmo autor. Estes trabalhos tratam de investigar as condições históricas de produção do saber científico, assim como tratam da reapropriação por que passa esse discurso, concreta e simbolicamente no social. Por outro lado, nosso trabalho, se quer uma crítica às condições de produção da ciência positivista, e neste sentido considera — não pejorativamente do ponto de vista sintático, as elucubrações da ciência positivista, quer continuístas quer descontinuístas — como um rascunho, ou seja, como um prototexto passível de ser aprimorado. Por esta razão, só pode ser um trabalho que discute posições sedimentadas doutrinariamente e não atinge a dialética configuração histórica, propriamente dita.
- 3 Conforme as ideias de VERÓN, Eliseo, **A Produção de Sentido**, p.67.
- 4 VERÓN, Eliseo, **A Produção de Sentido**, p. 97 e segs.
- 5 Idem, *ibidem*, p. 123.
- 6 Idem, *ibidem*, p. 123.
- 7 As investigações político jurídicas têm com Osvaldo Ferreira de Melo recebido importante espaço acadêmico em nosso Mestrado, e isso pode ser verificado em seus artigos IN Revista Seqüência 1, 2 e 3, respectivamente, "Sobre Política Jurídica", "Sobre Política Jurídica II" e "Consciência Jurídica". Mais recentemente, o citado professor desenvolveu aspectos relativos ao Direito Informal, como uma problemática Política Jurídica. Ver Revista Seqüência 7.
- 8 Pontes de MIRANDA, Sistema de Ciência Positiva, v.IV, p. 252. Entre parênteses, a noção de Política Jurídica tem sido empregada com toda a vulgaridade que lhe possibilita a articulação signica, isto é, as condições semânticas de sentido. Assim, cotidianamente, ela tem servido para justificar decretos-leis e leis, como é o caso do "Finsocial".
- 9 MIRANDA, Pontes de. **O Sistema de Ciência Positiva**, v.IV, p. 224-5.

- 10 MIRANDA, Pontes de. **O Sistema de Ciência Positiva**, v.IV, p. 260.
- 11 Idem, ibidem, p. 273. Ver também: “Introdução à Sociologia Geral”, do mesmo autor.
- 12 MIRANDA, Pontes de. **O Sistema de Ciência Positiva**, v.IV, p. 228-9. Existiu no Brasil uma vertente positivista com cunho eminentemente religioso.
- 13 Idem, ibidem, p.2245.
- 14 MIRANDA, Pontes de. **O Sistema de Ciência Positiva**, v.IV, p. 225.
- 15 MIRANDA, Pontes de. **O Sistema de Ciência Positiva**, v.IV, p. 233.
- 16 MIRANDA, Pontes de. **O Sistema de Ciência Positiva**, v.IV, p. 317.
- 17 Emil Lask buscou intermediário entre a natureza e os valores, que seria o mundo do direito e encontrou ali a cultura. Lask, por outro lado, procurou edificar um conceito de sistema que fosse aberto, isto é, que considerasse a contingência, e que no Brasil deu origem a uma monografia de Tércio Sampaio Ferraz Júnior sobre “O conceito de Sistema no Direito”.
- 18 RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**, p. 29 – Edição Português de Armenio Amado. O conceito de “consciência jurídica” foi discutido pelo realismo jurídico por meio de Alf Ross, e que veremos alguns aspectos no item 3.2 deste capítulo. No entanto as conflituosas relações entre Estado/Indivíduo as veremos no cap. III.
- 19 RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**, p. 48. Radbruch salienta, ainda, que esta posição evolucionista foi representada em matéria de política do direito por Franz V. Litz, num artigo de 1906.
- 20 Idem, ibidem, p. 48.
- 21 RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**, p. 52.
- 22 Idem, ibidem, p. 52-3.
- 23 Sobre o “Trabalho da obra”, ver LEFORT, Claude *in* “As Formas da História” (1979); especialmente a “Obra de Pensamento e a História”. Aqui, este autor mostra, por exemplo, de que se o termo “ideologia” foi cunhado pela teoria marxista, isto não quer dizer que não possamos detectar, historicamente, o seu sentido político já nos “Discorsi” de Maquiavel, lendo-os, por conseguinte, como uma manifestação científica sobre a política.
- 24 Neste sentido, ou seja, o do poder decisório da dogmática para a resolução de conflitos, Tércio S.F. Júnior nos fala de uma “dogmática empírica”. Com isto, pretende salientar que “ao ensaiar uma espécie de teoria da decisão, a dogmática de estilo empírico deixa introduzir, de modo mais evidente, um fator de ordem prática na sua conceptualidade. Isto porque em toda decisão de autoridade, está implícito um elemento de controle da parte do decididor sobre o endereçado da decisão...” *In*: **Função Social da Dogmática Jurídica**, do autor citado, p. 169.
- 25 Há uma exteriorização das “verdades” condicionantes do social que, em nome de interesses coletivos, tem como sentido inequívoco apenas reforçar a concepção individualista. O satírico “Schopenhauer” compara a sociedade humana a uma sociedade de porcos-espinho que se chegam uns para os outros para se aquecerem, mas com o cuidado de não se aproximarem demasiado, a fim de se não picarem mutuamente... (Ver “Filosofia do Direito”, de RADBRUCH).
- 26 Livro básica consultado “Sobre El derecho y la Justicia”, de Alf Ross.
- 27 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 293; observar ainda a polêmica da nota 1 entre Kelsen e Ross, sobre a validade e a eficácia no direito.
- 28 ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**, p. 287.
- 29 ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**, p. 287.
- 30 Conforme VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Para esclarecer o sentido dialético é empregado aqui não como contradição, mas como um pensamento que instala topicamente seu ponto de partida (lugar comum) e inventa sua teoria.
- 31 ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**, p. 131-2.
- 32 Idem, ibidem, p. 132. Para ilustrar, Alf Ross utiliza o exemplo do guarda-chuva: “minha decisão de sair com guarda-chuva surge do desejo de não molhar-me, como motivo, em conexão com a concepção operativa de que provavelmente choverá e de que o guarda-chuva é um instrumento de proteção. É válida aqui a explicação da nota²⁹.”
- 33 As ideias de Ross a esse respeito estão contidas nas páginas 58-61 da obra *El Derecho y la Justicia*.
- 34 A obra especialmente consultada a esse respeito foi “Filosofia do Direito” de Miguel Reale. Sobre a importância do fenomenologismo para Reale, veja-se o seguinte: “aceitamos, em suma, o método

- fenomenológico como um processo feliz de descrição e compreensão de um fenômeno, especialmente sendo de natureza cultural, mas o integramos, como verá logo mais, na correlação subjetivo-objetiva (ontognoseológica) conatural ao espírito culminante numa reflexão histórica-axiológica"... (p. 365-6). Mas o que não pode ser olvidado é que o método fenomenológico empregado por Reale é o de Husserl, bem diferente, por exemplo, do Merlau-Ponty, e pode ser definido assim: "fenomenologia escreve Edmund Husserl, quer dizer, por conseguinte, a teoria das vivências em geral, e encerradas nelas, de todos os dados, não só reais, mas também intencionais, que possam nelas se mostrar com evidência. A fenomenologia pura é, desse modo, a teoria dos fenômenos puros, dos fenômenos da "consciência pura", de um eu puro, não se situando no terreno da natureza física e animal ou psicofísica (conforme Investigações Lógicas, v.IV, p.241 e passim.,1929), *Apud* REALE, Miguel, na obra citada, p. 363).
- 35 VERNENGO, Roberto José. **Curso de Teoria General del Derecho**, p. 455.
- 36 REALE, Miguel, **Filosofia do Direito**, p. 586.
- 37 REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, p. 587.
- 38 REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, p. 588.
- 39 Idem, *ibidem*, p. 594.
- 40 REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, p. 606.
- 41 FERRAZ JR.,Tércio Sampaio. A Técnica da Norma Jurídica, p. 93-139. Para um esclarecimento dos propósitos desta questão, isto é, entre a validade e a eficácia, ver "Em torno al problema de la efectividad del derecho", de Antoine JEAMMAUD, *In*: "**Contradogmáticas**" nº 2 e 3, p. 50-77.
- 42 As questões de Política Jurídica, Hans Kelsen discutiu-as separadamente da "Teoria Pura", num apêndice intitulado "A Justiça e o Direito Natural". Não obstante, Kelsen estabelece, na própria teoria pura, pistas para o esclarecimento desta questão: "A ciência jurídica é conhecimento e não constituição (elaboração) do direito. Na jurisprudência tradicional, porém, domina a opinião de que a ciência jurídica também pode e deve elaborar o Direito. É típico a este propósito o que escreve Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, (STUTTGART, 1956, p. 8): "Constitui ... privilégio quase exclusivo da ciência jurídica, entre as ciências culturais, não ter de se limitar a acompanhar ou a seguir o direito, indo ao lado e atrás dele, mas ser-lhe permitido colaborar no ajustamento do próprio Direito e da vida, tanto da vida do Direito como da vida subordinada ao Direito". Aí está uma confusão entre ciência jurídica e política do direito (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 114).
- 43 LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?** p. 34.
- 44 REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, p. 595.
- 45 Idem, *ibidem*, p. 595.